

As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde(1)

Autora: Marga Inge Barth Tessler

Desembargadora Federal, Presidente do TRF4, Mestre em Direito pela PUC/RS

publicado em 30.06.2011

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Introdução

A consagração do direito à saúde deu-se de forma ampla apenas na Constituição Federal de 1988, que dispensou o merecido destaque aos direitos sociais, entre eles, o da saúde. A evolução da matéria até o atual patamar pode ser sintetizada pelo tratamento dispensado nos textos constitucionais.(2) A Constituição de 1891 não dispôs sobre a saúde de forma expressa, deixou registrado apenas que a “aposentadoria poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez nos serviços da Nação” (artigo 175). A Carta de 1934 elevou a saúde à condição de direito subjetivo do trabalhador no âmbito do sistema de seguridade social, com a criação dos diversos Institutos de Aposentadoria e Pensões. A Carta de 1937, no artigo 16, permaneceu com atenção voltada ao trabalhador, trazendo cobertura de riscos sociais sem cogitar de benefícios sociais gerais e fontes de custeio. Permaneceu, na Constituição de 1946, a mesma situação de vínculo com o trabalhador, mas, no período, iniciaram-se as ações objetivando ampliar a proteção à saúde, destacando-se a criação do Ministério da Saúde em 1950. Em 1954, pela Lei nº 2.312, foram criadas as normas gerais de defesa e proteção da saúde, nascendo então a afirmativa de tratar-se de “dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo”. O Código Nacional de Saúde é de 21 de janeiro de 1961. Note-se que o arcabouço legislativo vigorou até a edição da Lei nº 8.080/1990.

Por obra da Constituição de 1967 e das Emendas nºs 1/1969, 2/1972 e 7/1977, a questão da saúde pelo artigo 8º, inciso XVII, alínea *a*, reserva à União a competência para expedir as normas gerais de “defesa e proteção da saúde”. O artigo 165, ao estabelecer sobre a Ordem Econômica e Social, assegurava aos “trabalhadores” a “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” e amparo previdenciário nos casos de “doença, velhice e invalidez”. Preocupou-se também com o custeio, dizendo da necessidade, para criação ou majoração de benefício, da necessária “fonte de custeio total”.

Observa-se a nítida preferência pela assistência médica curativa e individual, com supremacia dos serviços médico-hospitalares de caráter individual e supervisionado pelo extinto INPS. A doença era ainda vista como um risco individual.

Os programas de caráter coletivo “ficavam a cargo do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais”. A saúde percebida como sistema nacional foi instituída pela Lei nº 6.229/1975 e, em 1977, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) para atender os trabalhadores com vínculos formais, isto é, que tivessem Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) assinada.

Em lenta evolução, do modelo médico assistencial privatista de atenção à saúde passamos a um modelo que tendia à universalização – não conseguindo concretizar-se até a realização do 8º Congresso Nacional de

Saúde, ocasião em que criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (Suds), que representou a desconcentração das atividades do Inamps para as Secretarias Estaduais de Saúde. Passou-se a atender aos desempregados e rurícolas. Houve projetos de interiorização, projetos de reforma ensaiados pela 8ª Conferência Nacional de Saúde, com a desconcentração dos serviços.

A Constituição Federal de 1988 recebeu e recolheu os elementos desse movimento sanitarista, incorporou as propostas e criou o Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pelas Leis nºs 8.080/1990 e 8.142/1990. Dispõe sobre os direitos sociais, incluindo a saúde, no artigo 6º, e nos artigos 196 a 200, conjunto que é encimado pelo disposto no artigo 1º, inciso II, o respeito à dignidade humana.

Assim, a saúde é para a Constituição Federal de 1988 um bem fundamental⁽³⁾ e um direito de todos. Procurou a Carta de 1988 e a legislação superveniente no campo ideal promover um ambiente sustentável de saúde. Efetuou uma combinação de ações, tentou conciliar os interesses econômicos com os propósitos de assegurar bem-estar, objetivou diminuir desigualdades, atendimento e tratamento com equidade, estimulando a participação da coletividade, a solidariedade e o fortalecimento da prevenção e da promoção da saúde. O valor que mais se destaca nos direitos sociais é a igualdade em vertente material ou fática. O ideal em alguns aspectos está sendo atingido, há reconhecimento internacional em prol de alguns serviços brasileiros, como a Fundação Oswaldo Cruz, do Ministério da Saúde, que, em 2006, foi eleita a melhor instituição de saúde pública do mundo, pela *World Federation of Public Health Associations*.

Das formulações constitucionais e da Lei nº 8.080/1990 derivam os princípios em matéria sanitária que adiante abordaremos. A referida Lei nº 8.080/1990 regula em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, prestados por pessoas de direito público ou privado. A Lei, no § 1º, informa que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e na execução de políticas econômicas e sociais e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. No artigo 7º estão elencados os princípios e as diretrizes do SUS de acordo com a Constituição Federal de 1988, artigo 198.

1 Os princípios em matéria sanitária⁽⁴⁾

Os princípios específicos do direito sanitário inspiram todo o sistema e são preciosos elementos para guiar o intérprete.

A teoria dos princípios foi desenvolvida por Ronald Dworkin,⁽⁵⁾ atribuindo normatividade aos princípios e evidenciando a distinção entre regras e princípios.⁽⁶⁾ Uma visão daqueles aplicáveis ao direito sanitário serve à compreensão e à justificação da atuação do Judiciário no tema. Os princípios provocaram uma postura diferente do juiz, pois a formal legalidade é insuficiente para dar a medida do direito. Estabelecem o dever de promover fins, daí uma dificuldade, já que os fins são múltiplos e colidentes. Os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais que constituem todas as estruturas posteriores. São as vigas mestras ou os alicerces da ciência. Cretella Júnior, em lição clássica, os classifica em princípios universais, plurivalentes, monovalentes e setoriais, conforme possam ser comuns a todos os ramos do saber, comuns a um grupo de ciências, referidos a um só campo de conhecimento e setoriais que informam apenas setores em que se divide determinada ciência. A essa lição se alinha Di Pietro⁽⁷⁾ ao enumerar os princípios informadores do Direito Administrativo, fazendo ver sua grande importância, pois permitem ao intérprete estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.⁽⁸⁾

Os princípios informadores da ação do gestor público previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a legalidade, a

impressoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, aplicam-se, são informadores, de todo o direito sanitário e vinculantes para o gestor público. Os atos das autoridades públicas sanitárias desfrutam dos mesmos atributos dos atos administrativos em geral, quais sejam, a presunção de veracidade no que respeita aos fatos, a imperatividade, isto é, impõem-se a terceiros independentemente da concordância, e a autoexecutoriedade, isto é, podem ser executados pela própria administração quando se tratar de medida urgente que, caso não adotada, cause prejuízo ou risco maior, sinalando-se que, de regra, a autoexecutoriedade deve ter sido prevista na lei. Na questão da presunção de veracidade e da imperatividade, é de observar que há uma íntima correlação dos referidos princípios com o princípio da participação social. O controle social do SUS se dá por meio dos Conselhos de Saúde, que, entre as suas atribuições, têm a de deliberar e fiscalizar a aplicação do Orçamento, Planos de Saúde, Plano de Aplicação de Recursos, etc. Os Conselhos de Saúde funcionam nos âmbitos federal, estadual e municipal, junto ao Ministério da Saúde e às secretarias estaduais e municipais, podendo ser criados conselhos distritais. Os Conselhos de Saúde constituem assim a instância de resistência democrática da garantia dos princípios constitucionais e legais dos direitos do cidadão, devendo haver representantes usuários do SUS nos Conselhos.

1º) O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

Este princípio vem consagrado no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República e do Estado Democrático e Social do Direito.

Segundo Sarlet,(9) a origem do conceito moderno de dignidade da pessoa humana parte da ideia kantiana de autonomia ética do ser humano, que residiria na vedação do homem ser tratado como objeto, inclusive por si próprio. A liberdade da vontade consiste na propriedade que tem de dar-se ela mesma a sua lei, essa liberdade que conduz à autonomia e que situa a todos no mundo dos fins, que converte as pessoas em seres dignos e que não tem preço. Assim, quando uma coisa está acima de todo o preço e não permite equivalente, ela tem dignidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamental na ordem jurídica.

Lembra Figueiredo(10) que, segundo a doutrina alemã, citando Hofman, a dignidade estaria fundada no reconhecimento social, na valoração positiva de pretensão de respeito social. Assim, a dignidade só pode ser definida na relação e na comunicação com o outro, retomando o aspecto da alteridade kantiana. Não se poderia pensar em dignidade desvinculada da comunidade. Segundo Aith,(11) é o aludido princípio que proíbe a tortura, o trabalho escravo, pesquisas com cobaias humanas, a comercialização de órgãos humanos, tratamentos de choque em doentes mentais, etc. A Lei nº 8.080/1990 tem previsão de sua proteção no artigo 7º, inciso III. O princípio da dignidade humana se opõe à obstinação terapêutica, que é a situação de buscar só a tecnologia, e não o bom senso, é o uso abusivo de recursos terapêuticos.

2º) O princípio da saúde como direito(12)

Trata-se de um direito fundamental do ser humano, um direito incluído entre os direitos sociais, e significa para o Poder Público a responsabilidade de elaborar programas concretos para garantia da saúde da população. Para a população, o direito reconhecido confere direito subjetivo de exigir a prestação de serviços de saúde pelo Estado, individual ou coletivamente. Para o Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, a responsabilidade de fazer implementar as ações e os serviços no sentido de promover e proteger a saúde da coletividade. Note-se que a Constituição Federal de 1988 reconheceu um direito ao acesso aos benefícios, não se trata de benefício contraprestacional nem de caridade assistencial. Durante as manifestações produzidas na Audiência Pública nº 4,(13) não houve pronunciamento contrário ao referido princípio, embora possíveis limites fáticos, técnicos e orçamentários.

O princípio em tela significa, para todos e para cada um, o poder de exigir individual ou coletivamente a consecução desse direito “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços”.⁽¹⁴⁾ Segundo Rezende e Trindade:

“As principais dificuldades, entre outras, enfrentadas para a implementação do SUS, são a manutenção das forças conservadoras nas instâncias de Poder; o financiamento do setor; a cultura de clientelismo; a mudança do padrão epidemiológico e demográfico da população; os crescentes custos do processo de atenção; as formas de gerenciamento do sistema de saúde; o corporativismo dos profissionais de saúde; entre muitos outros.”⁽¹⁵⁾

3º) A saúde como um dever fundamental

O texto da Constituição Federal de 1988 expressa, além de um direito, também um dever fundamental.⁽¹⁶⁾ Trata-se de uma categoria jurídica autônoma, nos dizeres de Sarlet e Figueiredo,⁽¹⁷⁾ seriam os deveres expressão da soberania estatal, mas do Estado fundado na primazia das pessoas, dos cidadãos. Na saúde, especialmente, há referência expressa ao dever, embora sem referir exatamente que atividade deve ser tomada pelo Estado, mas é aquela atividade que permite ou favorece a todos a fruição do direito assegurado, ao menos no patamar mínimo. O indivíduo, como ser livre e responsável, também em alguma dimensão tem deveres, uma parcela de responsabilidade para com a sua saúde e a da coletividade. Esse dever individual se prende à lenda de Cura, lembrada por Heidegger:⁽¹⁸⁾ “O homem é filho do cuidado no seu percurso temporal no mundo”. Os serviços de saúde são considerados de relevância pública, quer sejam prestados pelo Estado, quer por particulares, segundo o disposto no artigo 197 da Constituição Federal de 1988. Consequência dessa disposição constitucional é a possibilidade de sujeição dos atos dos particulares à sindicabilidade do Ministério Público.

4º) O princípio da unicidade do sistema SUS

Princípio expresso no artigo 199 da Constituição Federal de 1988 e no art. 7º, inc. XIII, da Lei nº 8.080/1990.

Esse princípio inaugura um sistema diferente do vigente até 1988, pois antes as ações e serviços eram operados por uma grande quantidade de órgãos. O artigo 198 da Constituição Federal de 1988, ao se referir a um “sistema único”, implantou a unicidade como princípio. Deve ser prestado de maneira indiferenciada para todos.

A unicidade como princípio organizador e estrutural do SUS leva à consequência de que os três entes da federação são responsáveis pelo funcionamento do sistema único. O ideário que inspirou a reforma sanitária consistia na criação de um sistema único fundamentalmente estatal, não havendo espaço para ser prestado, de forma diferenciada para alguns, mediante pagamento ou privilégio. Não quer dizer que não possa haver uma política dirigida para portadores de doenças raras, ou idosos – Lei nº 10.791/2003 (dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências), de 1º de outubro de 2003; Portaria nº 2528 GM/MS (aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa), de 19 de outubro de 2006 – ou para atendimento à criança – Lei nº 8.069/1990 (dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente).

5º) O princípio da universalidade

Extraí-se o princípio dos artigos 194, inciso I, e 196 da Constituição Federal de 1988 e do artigo 7º da Lei nº 8.080/1990, e a sua consequência é a concretização da possibilidade de que todos tenham acesso igual aos serviços. Para cumprir o princípio, há necessidade do planejamento de ações realizando-se antes um diagnóstico da situação sanitária da comunidade. Os três primeiros princípios, em seu conjunto, formam um núcleo de “ideias-força unificadoras e transformadoras”,

fundamentais no sentido da construção do SUS como patrimônio social. As políticas de saúde repercutem na estabilidade social, devendo haver coerência e firmeza de propósitos por parte dos gestores. O referido princípio trouxe para o SUS a noção da cidadania como elemento norteador das políticas de saúde.(19) A cidadania como condição exclusiva para o acesso fizeram do SUS a maior política pública de saúde, quebrando a lógica do seguro-saúde. A universalidade está relacionada à gratuidade do acesso aos serviços,(20) e o objetivo de tal formulação é o fortalecimento da coesão social, evitando a estigmatização do pobre, bem como a queda na qualidade do serviço. Admite medidas específicas a um grupo, por exemplo, diabéticos, aidéticos. Não o limita aos pobres. A concessão de um medicamento ou tratamento deve ser universalizável.(21) Nesse aspecto, entende-se desnecessária a perquirição sobre rendimentos dos beneficiários dos serviços do SUS. Não pode ser negado a quem tem renda, pois tal pessoa só por isso não deixou de ter direitos sociais. A responsabilidade social e a solidariedade é que deveriam funcionar como autocontenção.

6º) O princípio da integralidade do atendimento

Está expresso no artigo 198, inc. II, da Constituição Federal de 1988 e no art. 7º, inc. II, da Lei nº 8.080/1990. A pessoa tem direito de ser atendida e assistida sempre que necessitar, utilizando ou não insumos, desde o atendimento básico (consulta) até a alta complexidade (tratamento oncológico). O que define o atendimento deve ser a necessidade da pessoa. Significa que todas as ações e serviços de saúde (promoção, proteção ou recuperação) são uma realidade una e inseparável. Não basta, pelo princípio, a compra de uma ambulância pela Prefeitura, é necessário, no mínimo, oferecer serviço de urgência e materno-infantil. No princípio da integralidade do atendimento há algumas questões intensamente debatidas, como o aborto e o direito da mulher em optar por fazê-lo, há a questão dos idosos e a dos portadores de doenças raras, a do atendimento especial aos menores e indígenas, estes últimos bastante esquecidos em suas necessidades elementares. Constitui um ponto de tensão entre os gestores públicos e pacientes que demandam por medicamentos. A integralidade é a não fragmentação das políticas.(22) Não quer dizer oferta de todo e qualquer medicamento, produto ou insumo, mas o bastante para o atingimento de seus fins. A integralidade é atendida quando promovido o razoável atendimento do fim.(23)

7º) O princípio da preservação da autonomia das pessoas – art. 7º, inc. III, da Lei nº 8.080/1990

O paciente tem o direito de ser informado.

É princípio ético e integra a trindade da Bioética junto com a Justiça e a Beneficência. O tratamento da saúde e a defesa da integridade física e moral não podem ser impostos, pelo contrário, as pessoas precisam ser conscientizadas e orientadas, está no art. 7º, inc. III, da Lei nº 8.080/1990. A autorização judicial para a realização de transfusão de sangue recusada por motivos religiosos procura flexibilizar o aludido princípio. O episódio da Revolta da Vacina (1904) constitui exemplo histórico no Brasil. Em 31.10.1904, o Congresso aprovou lei que tornou obrigatória a vacinação contra a varíola, houve revolta no Rio de Janeiro. Não se teve na época a consciência do fato de que as pessoas precisam ser esclarecidas, situação bem diferente da que hoje desfrutamos, com as campanhas de vacinação do estilo “Zé Gotinha”, política pública exitosa, que motiva os pais a procurar o posto de vacinação em dias específicos, utilizando um boneco, personagem infantil – “o Zé Gotinha” –, só para tomar uma gotinha para se imunizar.

Exemplo de violação do princípio da autonomia da pessoa é a situação na China, noticiada pelos jornais, em que as pessoas são presas para serem esterilizadas, por violação à Lei do Filho Único, do fim da década de 70. Tal política só permite um filho por casal. Uma mulher que desafia a regra pode ser presa e esterilizada.(24) É importante dizer que se superou o modo Hipocrático de tratamento médico. O paciente tem o direito de ser

informado sobre a sua doença e o prognóstico. Os valores do doente devem ser considerados, fazendo-se o que é do melhor interesse do paciente. O consentimento informado fundamenta e legitima o ato médico. As ordens de “não ressuscitação” são um reflexo do princípio da autonomia do paciente.

8º) O princípio do direito à informação às pessoas assistidas – art. 7º, inc. V

É o direito de informação sobre o diagnóstico, o tratamento e o prognóstico. Os pacientes devem ser esclarecidos sobre benefícios e riscos de todos os procedimentos. A manutenção e guarda de tais registros, com o consentimento informado do paciente, pode ser fundamental para a defesa do prestador do serviço em juízo e também para o próprio paciente. O prontuário há de ser, com as cautelas devidas, exibido em juízo, no caso de controvérsia sobre tratamentos. O gestor público deverá providenciar a guarda de tais registros. Pondera-se assim a necessidade do paciente procurar o serviço público de saúde antes de demandar judicialmente. Em princípio não há possibilidade de responsabilização do gestor público por tratamentos prescritos no âmbito privado em caso de fatalidades ou equívocos. O princípio está intimamente ligado ao da autonomia da pessoa e se materializa pelo consentimento informado.

9º) O princípio da igualdade ou equidade

Os serviços de saúde devem ser prestados de maneira uniforme e indiferenciada a todos, sem privilégios ou preconceitos. O princípio foi estabelecido para sepultar a política de favores, ou a cultura do favor, ou a ideia de que quem não podia pagar seria tratado como indigente. Por outro lado, o princípio da igualdade não tolera distinção entre usuários pagantes e não pagantes. Era a chamada “diferença de classe”, isto é, a separação de ambientes, o oferecimento de melhores acomodações e refeições aos que podiam pagar. Tudo isso desprestigia o princípio da igualdade e não contribui para a prestação de um serviço digno e eficiente para todos. Por outro lado, a igualdade deve ser compreendida dentro da universalidade. Todos estão incluídos e são iguais em consideração e direitos. As pessoas não podem ser excluídas ou privilegiadas. A alocação de recursos será feita pelos indivíduos coletivamente considerados. O princípio da igualdade permite sem ofensa a construção de políticas para o atendimento de grupos como diabéticos, aidéticos, bem como a busca de um tratamento ou medicamento alternativo em face de intolerância aos padronizados pelo SUS, mediante perícia médica.

10º) O princípio da participação da comunidade

Esse princípio extrai-se do artigo 198, inc. III, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 7º, inc. VIII, da Lei nº 8.080/90.

O direito sanitário é um direito solidário e democrático e a comunidade participa, deve participar, para que realmente se possa chegar ao serviço que a Constituição moldou nos dispositivos que comentamos e também segundo o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 que estabelece que a República brasileira tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e objetiva promover o bem de todos. A saúde é um bem social e há a exigência ética, política e também econômica da disponibilidade dos serviços de saúde para todos de forma eficiente, suficiente e padronizada. O Estado tem o poder-dever de intervir para assegurar a fruição do bem social no interesse de todos. É urgente a sensibilização dos detentores do Poder Político. O Poder Judiciário tem na jurisdição o seu modo qualificado de participar para concretizar a vontade da Constituição, tendo a Audiência Pública nº 4(25) sido um veículo inovador para propiciar a participação da comunidade.

11º) Princípio da solidariedade no financiamento, ou da diversidade da base de financiamento

Diz o artigo 195 da Constituição Federal de 1988 que a seguridade social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, e em

seguida a Constituição passa a elencar como se dará o financiamento, com recursos orçamentários da União, dos Estados e dos Municípios e contribuições sociais que especifica, e ainda, arrematando o Capítulo II do Título VIII, há ampla possibilidade de instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social (art. 194, parágrafo único, inc. VI, da Constituição Federal de 1988). Essa vinculação e as possibilidades aqui abertas não podem ser esquecidas no momento de decidir causas tributárias e penais sempre defendidas por profissionais extremamente bem preparados. Toda a sociedade é chamada ao financiamento, cuidando-se para que os dispêndios tenham a melhor utilização possível. O Pacto pela Saúde instituído pela Portaria nº 399/GM/2006 procura dar ênfase a este e outros princípios.

12º) Princípio da vinculação de recursos orçamentários

Princípio de alta importância que não há de ser diminuído ou esquecido. A autoridade que na sua administração o descumprir se sujeita à responsabilidade fiscal (artigos 198, § 2º; 35, inc. III; e 198, § 1º, da Constituição Federal de 1988) e Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000. Não é horizonte ideal, mas contato com o real, o que se pode razoavelmente esperar. A Emenda nº 29/2000 estabeleceu no artigo 198 da Constituição Federal de 1988 parâmetros concretos e objetivos em dois novos parágrafos, a propósito de destinação dos recursos do SUS.

A Emenda nº 29/2000 é autoaplicável, mas deixou espaços abertos que oferecem necessidade de conceitos operacionais, tendo sido editada a Resolução nº 316/2000 com parâmetros, e o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 2.047/2002, estabelecendo diretrizes operacionais. O Sistema SIOPS, criado pela Portaria Interministerial nº 1.163/2000, é o parâmetro para fiscalização, sendo que o descumprimento pelos antes obrigados na aplicação dos recursos pode e deve ser comunicado ao Denasus – Departamento Nacional de Auditoria do SUS. A responsabilidade do gestor de recursos e a obrigação de prestar contas está imbricada com a indisponibilidade de recursos públicos.(26)

O que pode ser considerado como gastos com saúde (Res. nº 322 do CNS, PL nº 306):

O texto da Emenda Constitucional nº 29 não desce a minúcias sobre o que efetivamente é ou pode ser considerado como gasto em saúde, e o Projeto de Lei, PL 306/2008, está em tramitação desde o ano de 2000. O Legislativo não conseguiu ainda regulamentar a matéria. Existe muita controvérsia.

Objetivando preencher a lacuna, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução nº 322, de maio de 2003, aprovou diretrizes bastante razoáveis para a definição dos recursos mínimos a serem aplicados na saúde. A Primeira Diretriz diz com a definição da base de cálculo para a definição de recursos mínimos; a Quinta Diretriz, com o que é considerado como despesas com saúde; e a Sétima Diretriz, objeto da ADIn nº 2.999-1, sobre o que não pode ser considerado como despesas com serviços públicos de saúde. Destaco da 7ª Diretriz o pagamento de aposentadorias e pensões, a assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada), merenda escolar, saneamento básico realizado com recursos de taxas ou tarifas, limpeza urbana, remoção de resíduos sólidos, preservação do meio ambiente, ações de assistência social (bolsas-família, merenda escolar, vale-leite, etc.).

Em outubro de 2008, o Conselho Nacional de Saúde expediu a Resolução CNS nº 30, com o objetivo de orientar os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde na tarefa de acompanhar e fiscalizar os fundos de saúde. Embora os esforços, o que se constata é que os recursos da saúde não são aplicados corretamente, os Estados deixaram de aplicar R\$ 3,6 bilhões em 2007. A verba teria sido utilizada para “almoço de preso, farda de policial, merenda escolar, financiamento de casa própria, ampliação de rádio estatal, bolsa-família, etc”.(27)

Inúmeros palestrantes na Audiência Pública nº 4(28) destacaram a importância da imediata normatização da questão. É uma situação que efetivamente só poderá ser alterada com a conscientização de todos e a aplicação de sanções ao gestor infiel na aplicação de recursos. A questão não envolve apenas os operadores do direito, mas os gestores públicos e os profissionais da área médica, e as decisões judiciais, conforme foi reconhecido pelo Ministro Gilmar Mendes na condução da Audiência Pública nº 4,(29) têm significado um ponto de tensão perante os gestores das políticas públicas.

13º) O princípio da ressarcibilidade ao SUS

O SUS deve ser ressarcido em caso de atendimento por doenças causadas pelos agentes econômicos.(30) É princípio que se impõe como dever aos gestores da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e se extrai do artigo 198, § 1º: “além de outras fontes”, e do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998. Consiste na obrigação das operadoras privadas de planos de saúde ressarcir ao SUS em caso de o sistema único prestar o atendimento ao segurado ou beneficiário da operadora privada. Decorrente do princípio há o dever das operadoras de prestar informações à ANS. Para fazer frente aos gastos com a saúde, há transferência de verbas federais que devem ser corretamente aplicadas pelos Estados e Municípios. O Ministério Público Federal tem atuado no sentido de corrigir distorções, *v.g.*, Ação Civil Pública nº 2000.70.10.000456-0, TRF-4ª Região, DJU de 30.04.2003. Na ADI nº 1931/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, se discute a constitucionalidade dos repasses de informações privadas ao SUS. A ressarcibilidade ao SUS sofre grande resistência por parte dos agentes econômicos, que não estão dispostos a assumir as externalidades sanitárias que se materializam, por exemplo, em acidentes de trabalho, doenças profissionais e acidentes de trânsito.

14º) O princípio da prevenção e da precaução:

São princípios que objetivam dar conta dos riscos na hipercomplexidade. Na década de 40, a ideia de prevenção foi introduzida por Sigerist, que definiu as quatro tarefas primordiais da medicina: a promoção da saúde, a prevenção da doença, a recuperação do enfermo e a reabilitação.(31)

Está estabelecida no artigo 196 e em todos os comandos a vigilância sanitária e epidemiológica. O artigo 200 está repleto de diretivas e princípios de prevenção e precaução que são de fundamental importância. O postulado da razoabilidade tem aqui grande possibilidade de auxiliar no exame do caso concreto, demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir, ou verificação de equivalência entre direitos e sacrifícios exigidos. O princípio da prevenção está diretamente ligado à antecipada previsão de acontecimentos negativos ou incerteza sobre consequências e acontecimentos. Já o princípio de precaução significa que se há de agir antecipadamente frente a uma dupla fonte, a incerteza que é a ausência de conhecimento científico e o próprio perigo conhecido. Não é só exortação à tomada de cautela, mas significa a necessidade de prática de ações, como, por exemplo, pesquisas ou até medidas extremas como barreiras alfandegárias ou a destruição de produtos diante de ameaça de danos sérios e irreversíveis. A prevenção está genericamente no art. 2º da Lei nº 6.939/1981, não é estática, atualiza-se constantemente. Prestigia-se a precaução quando não se permite que o SUS propicie tratamento sem comprovação científica estabelecida. A obrigatoriedade de registro e aprovação de medicamentos pela Anvisa é outro exemplo de aplicação do princípio. A saúde é um campo em que o risco é onipresente. Há comportamentos e estilos de vida arriscados. Os procedimentos médicos e terapias envolvem riscos e efeitos colaterais. O princípio da precaução tem como objetivo preservar os benefícios do desenvolvimento científico, agindo antecipadamente no sentido de assegurar a saúde pública. A OMS estabeleceu, por exemplo, os termos do acordo Sanitário e Fitossanitário, com forte atuação do poder público.(32) O exemplo mais dramático de falhas na aplicação da precaução na liberação de medicamento foi o que

passou a ser denominado de Tragédia da Talidomida, que cinquenta anos após a ocorrência motivou a edição da Lei nº 12.140, de 13.01.2010, concedendo indenização por dano moral aos vitimados pela Síndrome da Talidomida.**(33)** O remédio também era eficiente contra enjoos da gravidez. Retirada em quatro dias após o alerta de pesquisadores na Europa, levou quatro anos para ser retirado do mercado do Brasil. A Lei nº 7.070, de 20.12.1982, concedeu pensão especial às vítimas. A Lei nº 10.651/2003 controlou o seu uso.

15º) Princípios gerais

O artigo 200 da Constituição Federal de 1988 elenca extenso rol de competências atribuídas ao SUS. De simples leitura, extrai-se a importância, a complexidade e a diversidade das tarefas.

No que respeita ao primeiro item, o de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, há grande número de deveres a serem exercidos, e saliente-se que (art. 2º da Lei nº 8.080/1990, § 2º) o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. No artigo 6º da Lei nº 8.080/1990 está de forma mais detalhada o elenco de atribuições do SUS. Na questão principiológica, poderão ser extraídos princípios referentes aos serviços de saúde suplementar, campo de atuação da Agência ANS, artigo 24 da Lei nº 8.080/1990 e princípios referentes à vigilância sanitária, campo de atuação da Anvisa.

16º) O princípio da beneficência

O princípio da beneficência, o *bonum facere, primum non nocere*, fundamenta-se na regra da confiança, segurança e eficácia e está inscrito no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, entre os princípios fundamentais da República, no item IV: “promover o bem de todos [...]” sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Também no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao assegurar o “bem-estar”, abriga uma “meta horizonte”. Esse princípio põe temperamentos em todas as atividades relacionadas ao direito sanitário e é por isso de extrema importância, é outra “meta horizonte”. Difícil extrair o seu sentido, o sentido do que seria bom individual e coletivamente, mas pelo menos com certeza o princípio sugere a não maleficência, o *primum non nocere*. Integra o princípio da trindade bioética, juntamente com a Autonomia e a Justiça.

17º) O princípio do não retrocesso

O direito à saúde é um “direito fundamental explícito”, segundo Sarlet. Não efetivado na medida em que garantido na Carta Política, isso não quer dizer que possa ser diminuído, diante do princípio do não retrocesso. O aludido princípio se relaciona com a ideia de desenvolvimento sustentável, expressamente contemplado no preâmbulo e no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, onde constam os objetivos fundamentais da República, bem como com o artigo 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 – o princípio da dignidade humana. O sistema como estabelecido dirige-se a prestigiar o não retrocesso em matéria sanitária. Não podemos ser levados a patamares inferiores ou piores aos ora existentes. Nessa linha, poderia se dizer que não poderiam ser reduzidos os recursos destinados à saúde, nem alterada a vinculação constitucional introduzida pela Emenda nº 29 que fixou recursos para o custeio dos serviços de saúde. A não atualização das listas de medicamentos, com incorporação de novas terapias por longos períodos de tempo, como acabou acontecendo, significa também um retrocesso a desafiar a vedação, que requer imparcialidade e igualdade na distribuição de riscos e benefícios.

2 O direito fundamental à saúde: a saúde como direito de todos e dever do Estado

Um apertado resumo da doutrina sobre o direito fundamental à saúde não

se percorre sem passagem pela obra de Alexy(34) e de Sarlet,(35) no sentido de afirmar que a saúde constitui um direito humano fundamental a ser tutelado pelo Estado. O núcleo central do proclamado direito liga-se à noção de “ausência de doenças” ou à de “qualidade de vida”.

Trata-se de um direito social que oferece dupla dimensão: um aspecto defensivo no sentido de não prejudicar a saúde de outros, e então tem dimensão negativa, determinando um dever de respeito à saúde; e uma dimensão prestacional imputando um dever, em geral ao Estado, de modo a oferecer medidas concretas para manter ou recuperar e proteger a saúde da população. É mais no aspecto prestacional que se pressupõe atividades pelo Estado no escopo de organização de serviços, procedimentos ou fornecimento de bens materiais. O aspecto prestacional faz com que os cidadãos se coloquem na posição de titulares de um direito subjetivo, credores de determinada prestação normativa ou material. Alexy(36) insere os direitos sociais na categoria de direitos a prestação em sentido amplo, que demandam uma ação do Estado e poderiam ser divididos em: direitos à proteção, isto é, o Estado deve proteger o titular contra atos ou agressões à saúde por parte de terceiros; direito à organização e procedimento; e direito à prestação em sentido estrito. O direito à saúde comunga das três categorias.

Trata-se de um direito humano expressamente reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e está intimamente ligado ao direito à vida e à integridade física. Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social. O conceito é vago, tratando-se, nos dizeres de Scliar,(37) de “uma imagem horizonte”, aberta, a ser perseguida em direção da idealização, não um conceito fechado e acabado.

A universalidade dos direitos sociais, entre eles o direito à saúde, é também uma característica essencial, embora historicamente tenha sido relacionado à classe trabalhadora, como antes recordado. Na lição de Lopes,(38) os direitos sociais se realizam coletivamente, embora possam em determinadas circunstâncias ser exigidos individualmente e judicializados, mas de regra dependem para a sua exata conformação da atuação do Legislativo e do Executivo para conferir aspectos normativos e meios materiais e suporte para a sua fruição. Assim se dá em relação à segurança pública, ao ambiente sadio, à educação e à moradia. Os direitos sociais oferecem alguma dificuldade para ajustar-se à ideia de individualização.

Na Constituição de 1988, o direito à saúde é estabelecido no artigo 6º, *caput*, e minudenciado nos artigos 196 e seguintes, com nota de fundamentalidade. Na lição de Sarlet,(39) a fundamentalidade formal decorre da superior hierarquia axiológica normativa de que goza, pois norma constitucional de previsão de limites formais e materiais à reforma constitucional da vinculatividade aos poderes públicos e da aplicabilidade imediata pela norma do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

A fundamentalidade material encontra-se na relevância da saúde, como bem tutelado, por ser diretamente relacionado a direitos maiores, como o direito à vida e à dignidade humana. Encerra em si um direito do qual deflui um dever fundamental, com diz expressamente o artigo 196: “A saúde é dever do Estado”. Daí se pode afirmar que o direito à saúde depende de procedimentos, suportes, estrutura, organização para que possa ser efetivado, necessitando ademais de normas organizadoras sobre os modos e a possibilidade de exercer a sua fruição.

3 As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde

As Recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que após comentaremos, inserem-se na perspectiva assinalada pelo Ministro Gilmar Mendes durante a Audiência Pública nº 4, destinada aos temas de saúde pública, no sentido de que o Poder Judiciário não poderia deixar sem

resposta, sem projeto, sem política institucional a questão da efetividade do direito à saúde.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de julho de 2005, foi instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do artigo 103-B. Tem como missão institucional, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça. A excessiva judicialização das questões envolvendo os serviços públicos de saúde e a importância de tais serviços para a população exigiram uma abordagem inovadora do Conselho Nacional de Justiça.

Em 5 de março de 2009, por iniciativa do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no biênio 2008/2010, foi convocada a Audiência Pública nº 4, cuja abertura ocorreu no dia 28 de abril de 2009. Com profundo significado simbólico para o tema saúde pública, constituiu um marco para a compreensão da prática das políticas públicas na saúde brasileira. Extraíndo efeitos concretos dos elementos colhidos durante a sua realização, foi criado pela Portaria nº 650/2009 do CNJ um grupo de trabalho constituído por magistrados e professores especialistas em direito sanitário, com a incumbência de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **(40)**

Tendo por referência os elementos reunidos durante a Audiência Pública nº 4, foi apresentado Relatório conclusivo após onze reuniões.

Dando prosseguimento, seguiu-se ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que teve o escopo de melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito no sentido de assegurar maior segurança e efetividade na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

A Recomendação nº 31/2010 **afirma** a relevância da matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira. Nesse aspecto, vincula-se ao princípio da dignidade humana e prestígio do constitucionalismo. **(41)**

Considera as dificuldades enfrentadas pelos magistrados, especialmente as carências sobre informações clínicas relativas aos demandantes.

Pondera que os medicamentos e outros insumos, para serem utilizados no Brasil, necessitam de prévia aprovação pela Anvisa, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.360/1973 c/c Lei nº 9.782/1999.

Reafirma a importância da oitiva dos gestores públicos, bem como sobre a necessidade de assegurar a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS.

Atenta para a necessidade de proteção dos doentes submetidos a pesquisas experimentais.

Assim, inspirada por tais considerações, recomenda:

a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que celebrem convênios para assegurar apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos, com o objetivo de auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor sobre as questões clínicas apresentadas pelas partes. A recomendação assenta-se em experiência exitosa já em prática junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a ação de espécie, antes de chegar ao despacho inicial do magistrado, recebe parecer técnico sobre o medicamento solicitado, se consta ou não dos protocolos clínicos, se é disponibilizado, constando das listas públicas (Rename), etc.

Outra experiência interessante no trato da matéria foi identificada em São Paulo, em que há um corpo técnico que examina as prescrições apresentadas ao gestor público antes do ingresso em juízo. No caso de

haver parecer favorável pela aquisição, não há necessidade do ingresso da ação judicial. Há uma conciliação prévia. Isso é bastante oportuno considerar, pois o objetivo é reduzir demandas da espécie, e os doentes deveriam ser atendidos sem a necessidade de ação judicial. Trata-se de uma composição prévia.

Evidenciou-se que boa parte das dificuldades oferecidas na apreciação dos pedidos reside na instrução precária das iniciais, muitas vezes sem os elementos necessários para uma boa compreensão da questão de fato, já que as peças processuais limitam-se a discorrer sobre as questões de direito.

Também na intenção de subsidiar os magistrados com informações, foi elaborado um Termo de Cooperação Técnica nº 108/2009, firmado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com diversas instituições públicas, com a criação de um banco de dados a ser alimentado pelo Ministério da Saúde e disponibilizado no portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do qual o magistrado poderá receber informações rápidas sobre medicamentos e outras questões. Foi considerado que a operacionalização do sistema informativo deverá ser rápida, com objetividade sobre o medicamento, inclusão em lista, indicações, motivos de não inclusão, ou qualquer outra informação relevante.

Essas providências revelam-se necessárias, pois os magistrados não têm conhecimentos técnicos sobre questões médicas, sendo extremamente difícil decidir à beira do leito, ou em situação em que se alega risco de vida em caso de não deferimento administrativo da medida ou do medicamento. Conceder a medicação é a solução mais fácil, nem sempre a mais acertada. Neste passo, o Conselho Nacional de Justiça preocupou-se em construir e oferecer “organização e procedimentos”, no sentido de que os magistrados alcancem a melhor solução, atuando de acordo com o item 6.2 dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, facilitando assim a execução das responsabilidades pelos magistrados.

b) aos magistrados que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental. É o princípio da precaução.

Restou evidenciado durante a Audiência Pública nº 4 prática comercial bastante agressiva por parte de alguns produtores de medicamentos que forcem sua aceitação pelos prescritores, sem se submeter ao prévio registro e exame pela Anvisa. Tal proceder, além de colocar em risco a vida dos pacientes, constitui afronta à lei que rege a matéria. Os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela Anvisa, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.360/1977.

c) a oitiva, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, dos gestores antes da apreciação de medidas de urgência.

Resultou tal recomendação da constatação de que muitas ações poderiam ser evitadas ou conciliadas por uma simples troca de informações. Os gestores públicos na saúde, de modo geral, ressentem-se e sentem-se desconsiderados em face das deliberações judiciais, que de surpresa impactam severamente em seus esforços gerenciais, colocando por terra a custosa e difícil organização dos serviços. A questão é crucial em caso de filas para transplantes, leitos em UTI, etc.

A oitiva prévia do gestor, com a devida consideração dos esforços gerenciais, mesmo que após contrariados, faz homenagem ao postulado da presunção de legalidade e adequação dos seus atos. A prévia oitiva do gestor em certa medida auxilia na sustentabilidade do SUS e no seu gerenciamento. Alerta-se que os gestores mais solicitados ou demandados deverão manter possibilidade de acesso por contato eletrônico de forma rápida, designando pessoal capacitado para fornecer informações.

d) que os magistrados verifiquem junto à Comissão Nacional de Ética em

Pesquisa (CONEP) se os autores fazem ou fizeram parte de pesquisas com novos medicamentos; sendo este o caso, há obrigação ética e legal de os laboratórios atenderem os pacientes após a pesquisa, continuando a fornecer os medicamentos.

Pesquisas feitas no âmbito privado, para efeitos comerciais, não poderão ser financiadas pelo SUS.

e) que, no momento de concessão de alguma providência (medicamentos, insumos, leitos) abrangidas por política pública existente, seja determinada a inscrição do beneficiário no respectivo programa. Exemplifica-se com o caso dos diabéticos, o SUS disponibiliza todo um programa de apoio ao enfermo com educação alimentar, exercício, controle de peso, cuidados higiênicos, etc., e não apenas insulinas. O paciente do SUS deve submeter-se a todo o programa, pois só o medicamento não trará os benefícios esperados.

Por fim, as recomendações constantes nas letras *c* e *d*, sinalizam para a inclusão da temática do direito à saúde como ponto específico nos concursos para a magistratura na relação mínima de disciplinas, Resolução nº 75/2009-CNJ.

A recomendação para que as escolas de magistratura oportunizem visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, dispensário de medicamentos e hospitais públicos tem o objetivo de melhor conhecer a realidade de tais serviços,(42),(43) a exemplo do que ocorre com as visitas aos presídios. Mais do que oportuna a visita, pois a providência é reclamada pelos gestores.

Por último, há recomendação dirigida à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e às escolas de magistratura no sentido da promoção de seminário de estudos, congregando, além dos magistrados, os gestores públicos, defensores, procuradores e usuários do Sistema SUS para um diálogo e melhor conhecimento das realidades enfrentadas, o que poderá favorecer uma redução dos conflitos. Os dois últimos aspectos estão em sintonia com os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.(44)

Assim, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça na sua missão institucional está a oferecer aproximação com os atores institucionais na área da saúde. Constrói gradativamente “organização e procedimentos”, que são um dever imposto às instituições públicas da área, no sentido de oferecer e tornar possível uma decisão segura pelo Juiz e a fruição por todos do direito assegurado.

No contato democrático com a sociedade, procurou recolher as múltiplas perspectivas em torno do assunto. Na área pública, procurou fazer com que o Estado tome consciência da relevância da matéria, todas iniciativas tendentes a resolver a excessiva judicialização. Construiu políticas públicas judiciárias, organização e procedimentos para dar plenas condições para o melhor desempenho da jurisdição. Pode-se afirmar que as recomendações vertidas na Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça constituem política pública judicial para melhor composição dos litígios e maior efetividade do direito constitucional à saúde.

Notas

1. Texto-base para a apresentação no Seminário **A Judicialização da Saúde Pública em uma Perspectiva Comparada Franco-Brasileira**, 30 e 31 de agosto de 2010, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. O texto é capítulo de um estudo maior, sob o título “A Justiça e a efetividade na saúde pública”, apresentado à Fundação Getúlio Vargas, FGV-Direito Rio, como requisito para a obtenção do grau de Mestre do Curso de Mestrado Profissionalizante em Poder Judiciário, em agosto de 2010.

2. BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
3. **Direitos humanos** são os direitos reconhecidos pelo direito positivo internacional a todas as gentes. **Direitos fundamentais** sociais são os direitos reconhecidos pela Constituição.
4. TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional sanitária. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n. 25, p. 27-58, maio/jun. 2004. Com acréscimos.
5. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Idem. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University, 1978.
- Idem. **A virtude soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
6. As regras, segundo Dworkin, aplicam-se de modo tudo ou nada, e os princípios, por ponderação.
7. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
8. Sobre o exame dos atos administrativos: STJ, REsp nº 493811/SP, 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 11.11.2003, DJU de 15.03.2004, p. 236; STJ, REsp nº 577836/SC, 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 21.10.2004. DJU de 28.02.2005, p. 200.
9. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 34.
10. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
11. AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
12. DWORKIN, 1999, p. 433-435. Dworkin argumenta em torno do Princípio do Resgate: "A vida e a saúde são os bens mais importantes, todo o resto tem menor importância e deve se sacrificar [...] É tão antigo [...] e quase totalmente inútil [...]". Diz que devemos gastar tudo o que pudermos até que não seja possível pagar nenhuma melhora na saúde. Nenhuma sociedade sábia tentaria alcançar esse padrão.
13. A realização da Audiência Pública nº 4 deu-se no Supremo Tribunal Federal por convocação do Ministro Gilmar Mendes, então Presidente da Corte, em maio/abril de 2009, e foi um dos marcos para a promoção do direito à saúde no Brasil.
14. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 196.
15. REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 2, p. 21-37.
16. TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 12, n. 40, p. 75-108, 2001.
17. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

18. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
19. FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009.
20. CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**: Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90 e Lei nº 8142/90). 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.
21. UIB, David. "Não há recursos para atender todos". **Folha de São Paulo**, 29 maio 1998. Entrevista concedida a Lucia Martins. Cotidiano. O infectologista David Uib acha que o princípio da universalidade é um engano de retórica.
22. BIEHL, João Guilherme. Pharmaceuticalization: AIDS treatment and global health politics. **Anthropological Quarterly**, Baltimore, v. 80, n. 4, p. 1534-1518, 2007. A ênfase em medicamentos, isto é, a farmacêuticalização traz riscos de fragmentação. É nociva e dispendiosa, segundo Biehl.
23. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. "Um meio é adequado quando promove minimamente o fim."
24. Jornal **O Sul**, Porto Alegre, 19 abr. 2010.
25. A Audiência Pública nº 4 foi promovida pelo Supremo Tribunal Federal para elucidar as questões da saúde pública no Brasil.
26. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 14, n. 59, p. 120, jan./fev. 2010. Se a Administração Pública é responsável pela administração dos gastos e pela eficácia máxima possível das políticas públicas, o Judiciário não deve viabilizar seja tecida uma confusa teia gerencial apta a comprometer o próprio equilíbrio social.
27. WESTIN, Ricardo. Verba da saúde paga almoço de preso e farda. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 set. 2009. Cotidiano.
28. A Audiência Pública nº 4 foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal para elucidar as questões referentes à saúde pública.
29. Idem.
30. BASILE, Juliano. LDO prevê indenização ao SUS por indústria do tabaco. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 28 jun. 2010. A indústria do fumo está sendo apontada como causadora de males aos usuários. A previsão de ressarcimento consta da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). São bilhões de reais e a indústria do fumo diz ser medida inconstitucional.
31. LEAVELL, H.; CLARK, E. G. **Medicina Preventiva**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1976.
32. VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Direito internacional. In: ARANHA, Márcio Iorio; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (Orgs.). **Curso de Especialização a distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002. p. 479 et seq.
33. A talidomida foi comercializada na Alemanha em 1957. Era considerada segura, medicamento para dormir. Utilizado por mulheres grávidas, causava focolemia (ausência ou má-formação dos membros). Nunca foi aprovada pelo FDA (*Food and Drug Administration*). No mundo, dez mil crianças foram afetadas.

34. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
35. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
36. ALEXY, op. cit.
37. SCLIAR, Moacir. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.
38. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.
39. SARLET, op. cit.
40. O grupo foi integrado pelos seguintes magistrados: Manoel Ricardo Calheiros D'Ávila, Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia; Valéria Pachá Bichara, Juíza da 10ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro; Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Pernambuco; Marga Inge Barth Tessler, Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e pela especialista em direito sanitário Professora Ana Paula Carvalhal. Ainda pelos especialistas Janaina Lima Penalva da Silva, Dr. Ricardo Augusto Dias da Silva e, pela OAB, o Conselheiro Federal Frederico Coelho de Souza, realizando os seus trabalhos sob a presidência do Conselheiro Milton Nobre, do Conselho Nacional de Justiça, da Comissão Permanente de Relacionamento Institucional e Comunicação, também integrado pelos Conselheiros Marcelo Nobre e Nelson Tomaz Braga.
41. NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial**. Traduzido por Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. Brasília: CJF, 2008, p. 76-77.
42. GONZATTO, Marcelo. 30 horas em busca de saúde. **Zero Hora**, Porto Alegre, 16 jun. 2009.
43. TREZZI, Humberto. Avião é fretado por falta de UTI. **Zero Hora**, Porto Alegre, 26 maio 2010. "Menina teve de ser levada de Alvorada para Santa Maria, onde foi internada em hospital privado em vaga custeada pelo SUS".
44. COMENTÁRIOS..., op. cit. p. 132. "6.3 Um juiz deve tomar medidas sensatas para manter e aumentar o seu conhecimento, habilidade e qualidades pessoais necessárias para a execução apropriada dos deveres judiciais, tomando vantagem, para esse fim, de treinamentos e outros recursos que possam estar disponíveis, sob controle judicial, para os juízes." No comentário, o conhecimento que é exigido pode-se estender não somente aos aspectos da lei substantiva e processual, mas igualmente ao impacto da vida real na lei e nas cortes.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

TESSLER, Marga Inge Barth. *As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 42, jun. 2011. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao042/marga_tessler.html >
Acesso em: 08 set. 2011.